

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Band 14

**Beteiligtenstrafbarkeit und
„besondere persönliche Merkmale“**

Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB

Von

Manfred Hake



Duncker & Humblot · Berlin

MANFRED HAKE

**Beteiligtenstrafbarkeit und
„besondere persönliche Merkmale“**

Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von

Hans Joachim Hirsch, Günter Kohlmann

Michael Walter, Thomas Weigend

Professoren an der Universität zu Köln

Band 14

Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“

Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB

Von

Manfred Hake



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Hake, Manfred:

Beteiligtenstrafbarkeit und „besondere persönliche Merkmale“ :
ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB / von Manfred

Hake. – Berlin : Duncker und Humblot, 1994

(Kölner kriminalwissenschaftliche Schriften ; Bd. 14)

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 1993/94

ISBN 3-428-08017-3

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0936-2711

ISBN 3-428-08017-3

*Meiner Mutter
und dem Andenken
meines Vaters*

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung hat im Wintersemester 1993/94 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation vorgelegen. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis Dezember 1993 berücksichtigt.

Mein aufrichtiger Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans Joachim Hirsch, der die Arbeit angeregt und mit großem Engagement betreut hat. Für ihr Interesse am Entstehen der Arbeit möchte ich mich weiterhin bei dem Zweitgutachter, Herrn Prof. Dr. Jürgen Seier, und bei Herrn Prof. Dr. Klaus Bernsmann bedanken.

Dank schulde ich auch all denen, die mir bei der Korrektur des Manuskripts und der Drucklegung zur Seite gestanden haben. Es sind dies Frau cand. iur. Silke Hagebaum, die Herren Referendare Marc Bartholomy und Christoph Hommel sowie nicht zuletzt meine Mutter. Ihr und dem Andenken meines zu früh verstorbenen Vaters ist auch die Arbeit gewidmet.

Köln, im Dezember 1993

Manfred Hake

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Die geschichtliche Entwicklung der Extranenstrafbarkeit	3
I. Von den Anfängen bis zur frühen Neuzeit	4
II. Lehre und Gesetzgebung im 19. Jahrhundert	6
1. Die gemeinrechtliche Lehre des 19. Jahrhunderts	6
a) Die Vertreter der selbständigen Strafbarkeit eines jeden Beteiligten	7
b) Die Vertreter der akzessorietätsorientierten Lösung	10
c) Die Auffassung v. <i>Buris</i>	12
d) Resümee	13
2. Die Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts	14
III. Rechtsprechung und Lehre von 1871 bis 1943	17
1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts	18
2. Die Auffassungen in der Lehre	22
a) Die herrschende Lehre: Interpretation des § 50 RStGB im Sinne der Rechtsprechung	22
b) Die Auffassung <i>Kohlers</i>	24
c) Die Lehren von <i>Birkmeyer</i> und <i>Kohlrausch</i>	25
d) Die Auffassung <i>Zimmerls</i>	27
e) Zusammenfassung	28
IV. Die weitere Entwicklung bis zur Novelle von 1969	28
C. Der gegenwärtige Meinungsstand	31
I. Unterschiedliche Rechtsfolgen in § 28 Abs. 1 und Abs. 2 StGB	31
II. Generelle Nichtzurechnung besonderer persönlicher Merkmale	35
1. Begründung der Nichtzurechnung persönlicher Merkmale ausgehend vom extensiven Täterbegriff	36
2. Begründung der Nichtzurechnung persönlicher Merkmale aus dem Strafgrund der Teilnahme	41
a) Darstellung der Argumentation <i>Schmidhäusers</i>	41
b) Kritik	43
aa) Der Strafgrund der Teilnahme	44

(1) Die Schuldteilnahmetheorie	44
(2) Die Unrechtsteilnahmetheorie <i>Trechsels</i>	46
(3) Die akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie	50
(4) Die "reine" Verursachungstheorie	51
(5) Die Formel vom "akzessorischen Rechtsgutsangriff" bei <i>Roxin</i>	52
(6) Die Auffassung <i>Schumanns</i> : "Solidarisierung mit fremdem Unrecht" als Strafgrund der Teilnahme	52
(7) Die eigene Auffassung vom Strafgrund der Teilnahme	53
(a) Die Brauchbarkeit des Kriteriums der "Solidarisierung mit fremdem Unrecht"	54
(b) Die Bedeutung der Rechtsgutsverletzung	55
(c) Die Bedeutung der Akzessorietät	59
(d) Das Verhältnis von Rechtsgutsverletzung und Akzessorietät	68
bb) Konsequenzen für die Strafbarkeit des extranen Teilnehmers	75
3. Straflosigkeit des Extraneus mangels Eigenschaft als Normadressat (<i>Bambach</i>)	83
III. Streng akzessorische Behandlung aller Merkmale aus dem Unrechtsbereich	86
1. Darstellung der Ansicht <i>Grünwalds</i>	86
2. Kritik: Kann das Fehlen persönlicher Merkmale beim Teilnehmer zu einer Unrechts- minderung führen?	88
a) Die Ansicht von <i>Gallas</i>	90
b) Die Auffassung <i>Roxins</i>	91
c) Lassen sich aus den zur Abgrenzung der besonderen persönlichen Merkmale vertretenen Auffassungen unrechtsmindernde Gesichtspunkte herleiten?	94
aa) Die Unterscheidung zwischen tat- und täterbezogenen Merkmalen	94
bb) Die Unterscheidung zwischen wertbezogenen und wertneutralen Merkmalen (<i>Herzberg</i>)	96
cc) Die "Einheitslösung" <i>Schünemanns</i>	97
dd) Stellungnahme: Die Unterscheidung anhand der zum Strafgrund der Teil- nahme entwickelten Grundsätze	97
d) Konsequenzen für die Behandlung der Unrechtsmerkmale	100
aa) Die besonderen Pflichtenstellungen	101
(1) Grundsätzliche Überlegungen	101
(2) Die einzelnen von § 28 StGB erfaßten Pflichtenstellungen	107
bb) Die Eigenhändigkeit	115
cc) Die unrechtsbezogenen Gesinnungsmerkmale	117
(1) Grundsätzliche Überlegungen zur deliktssystematischen Einordnung der Gesinnungsmerkmale	118
(a) Generelle Zuordnung der Gesinnungsmerkmale zum Unrecht	118
(b) Generelle Zuordnung der Gesinnungsmerkmale zur Schuld	119
(c) Die differenzierende Lösung der herrschenden Meinung	120
(d) Stellungnahme	120
(2) Die Einordnung einzelner Gesinnungsmerkmale und Konsequenzen ihres Fehlens beim Teilnehmer	128
(a) Die Mordmerkmale	129
(aa) Die verbrechenssystematische Einordnung der Mordmerkmale	129
(bb) Die Rechtsgutsbezogenheit der Mordmerkmale	133

(b) Die "Böswilligkeit"	137
(c) Leitlinien für die Behandlung weiterer Gesinnungsmerkmale	138
dd) Weitere subjektive Tatbestandsmerkmale, insbesondere Absichten	138
e) Resümee	141
IV. Beide Absätze des § 28 StGB als Strafzumessungsregeln	141
1. Darstellung der Auffassung von <i>Cortes Rosa</i>	142
2. Kritik	145
3. Weitere Überlegungen	150
D. Konsequenzen der Strafzumessungslösung für die Deliktskategorien jenseits des Unrechts	153
I. Die Behandlung der Schuldmerkmale	153
1. Allgemeine Schuldmerkmale	153
2. Die Behandlung der speziellen Schuldmerkmale	154
a) Die h.M.: Anwendung des § 28 StGB	155
b) Einheitliche Behandlung aller Schuldmerkmale nach § 29 StGB	156
c) Die Differenzierung bei <i>Herzberg</i> und <i>Roxin</i>	157
d) Stellungnahme	158
aa) Die Möglichkeit einer Differenzierung zwischen strafbegründenden und strafmodifizierenden Merkmalen	159
bb) Begriff und Bedeutung der speziellen Schuldmerkmale	160
cc) Weitere Überlegungen	161
II. Die Behandlung der persönlichen Strafausschließungsgründe	162
E. Konsequenzen der Strafzumessungslösung für weitere Fallgruppen	165
I. Nur der "Teilnehmer" weist ein strafscharfendes besonderes persönliches Merkmal auf	165
1. Eingrenzung der Problemfälle: Zu den Möglichkeiten mittelbarer Täterschaft	166
a) Normative Tatherrschaft des Intraneus	167
b) Mittelbare Täterschaft bei Pflichtdelikten	170
c) Unterlassungstäterschaft	170
d) Tatherrschaft kraft Handlungsherrschaft	171
e) Generelle Ablehnung mittelbarer Täterschaft	172
f) Stellungnahme und Resümee	172
2. Die Lösung der Problemfälle	175
II. Die Behandlung unrechtmindernder besonderer persönlicher Merkmale	177
III. § 28 Abs. 2 StGB und die Mittäterschaft	181
IV. Prozessuale Auswirkungen	188
F. Zusammenfassung und Schlußbetrachtung	190
Literaturverzeichnis	194

A. Einleitung

"Wie ist es überhaupt zu rechtfertigen, daß zwar die strausschließenden persönlichen Momente nur dem zugute kommen, bei dem sie vorliegen, die strafbegründenden hingegen auch den Teilnehmer benachteiligen, bei dem sie nicht vorliegen? ... Weshalb werden die strafsärfenden Momente nicht zugerechnet, während die strafbegründenden ausstrahlen? Wo ist das Konzept, das diese Regelung einsichtig macht?" Diese Worte *Armin Kaufmanns*¹ zeigen deutlich eines der Kernprobleme des § 28 StGB in der seit 1975 geltenden Fassung, sofern man die seit langem ganz vorherrschende Ansicht hinsichtlich der Interpretation dieser Vorschrift und ihrer Vorgängernormen zugrunde legt: Das Fehlen oder Vorliegen von "besonderen persönlichen Merkmalen" soll unterschiedliche Rechtsfolgen auslösen, je nachdem, ob diesen nun strafbegründende oder strafmodifizierende Bedeutung zukommt.² § 28 Abs. 1 StGB sieht beim Fehlen strafbegründender besonderer persönlicher Merkmale eine bloße Strafmilderung vor, bei § 28 Abs. 2 StGB wird dagegen eine "Akzessorietätsdurchbrechung"³ im Wege einer "Tatbestandsverschiebung"⁴

¹ ZStW 80 (1968), S. 36.

² RGSt. 4, 184, 185; 6, 414, 415; 14, 102, 103 f.; 15, 396, 398; 22, 51, 53 f.; 25, 234, 236 f.; 25, 266, 267; 36, 148, 154; 55, 181, 182; 59, 140 (zu § 50 in seiner ursprünglichen Fassung); BGHSt. 5, 75, 81; 6, 260, 261; 8, 205, 208 (zu § 50 Abs. 2 i.d.Fassung v. 29.5.1943); BGHSt. 22, 375, 376 ff. (zu § 50 i.d.Fassung durch das EGOWiG v. 24.5.1968); BGHSt. 26, 53; BGH wistra 1988, 303 (zu § 28 Abs. 1 n.F.); BGH wistra 1987, 30, 31; BGH StV 1992, 379 (Leitsatz) (zu § 28 Abs. 2 n.F.); *Baumann*, NJW 1969, S. 1279 f.; *Bockelmann/Volk*, Allg. Teil, S. 200; *Dreher/Tröndle*, § 28 Rdn. 8; *Grünwald*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, S. 563 ff.; *Haft*, Allg. Teil, S. 203; *Jescheck*, Allg. Teil, S. 595 (§ 61 VII 4); *Küper*, ZStW 102 (1992), S. 577 ff.; *Lackner*, § 28 Rdn. 8; *Maurach/Gössel/Zipf*, Allg. Teil II, S. 390 f. (§ 52/126 ff.); *SK-Samson*, § 28 Rdn. 24; *Samson*, ZRP 1969, 28; *Schönke/Schröder/Cramer*, § 28 Rdn. 28; *Schröder*, JZ 1969, 134; *Welzel*, Lehrb., S. 120 f.; *Wessels*, Allg. Teil, S. 166 (§ 13 IV 2).

De lege lata halten auch die folgenden Autoren aus noch zu erörternden Gründen an der unterschiedlichen Interpretation der beiden Absätze des § 28 StGB fest, bestreiten aber die sachliche Berechtigung dieser Differenzierung: *Hirsch*, ZStW 88 (1976), S. 782; *ders.*, LK, § 340 Rdn. 16; *ders.*, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, S. 143; *Jakobs*, Allg. Teil, S. 679 (23/2); *ders.*, NJW 1969, S. 492; *Armin Kaufmann*, ZStW 80 (1968), S. 36; *Stratenwerth*, Allg. Teil I, S. 257 f. (Rdn. 936 ff.).

³ *Maurach/Gössel/Zipf*, AT II, S. 388 ff. (§ 53/118).

vorgenommen. Wer also beispielsweise als Außenstehender einen Amtsträger zu einer Rechtsbeugung anstiftet, ist unter Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB gemäß den §§ 336, 26 zu bestrafen, da die Amtsträgereigenschaft hier ein Merkmal ist, das die Strafbarkeit erst begründet. Im Gegensatz dazu soll gemäß § 28 Abs. 2 StGB derjenige, der einen Amtsträger zu einer Körperverletzung im Amt anstiftet, lediglich gemäß §§ 223, 26 StGB strafbar sein, da in diesem Fall die Strafbarkeit durch die beim Täter vorliegende Amtsträgereigenschaft modifiziert wird. Warum der Stellung als Amtsträger aber nur in Abhängigkeit von der mehr oder weniger zufälligen Antwort auf die Frage, ob für den Fall ihres Fehlens ein Grundtatbestand existiert, unterschiedliche rechtliche Bedeutung zukommt, leuchtet jedenfalls auf den ersten Blick nicht ein. Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es, die Gründe für diese Ungleichbehandlung strafbegründender und strafmodifizierender Merkmale zu untersuchen, abweichende Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen und auf ihre Durchführbarkeit hin zu untersuchen.

⁴ *Schönke/Schröder/Cramer*, § 28 Rdn. 28.

B. Die geschichtliche Entwicklung der Extranenstrafbarkeit

Trotz der auffälligen Diskrepanz entspricht die unterschiedliche Behandlung der strafbegründenden und strafmodifizierenden Merkmale im Rahmen der Beteiligtenstrafbarkeit der hergebrachten Interpretation des § 50 StGB in seiner ursprünglichen, bereits seit 1871 im StGB enthaltenen Fassung. Diese Vorschrift enthielt eine Regelung, die im wesentlichen dem heutigen § 28 Abs. 2 StGB entspricht. Es könnte sich deshalb schon aus der historischen Entwicklung ergeben, worauf die geschilderte Unterscheidung beruht. Auch der ursprüngliche § 50 StGB legte eine Differenzierung nahe, indem er nur von strafschärfenden und strafmildernden Umständen sprach und damit einen Ausschluß der strafbegründenden Merkmale aus seinem Anwendungsbereich zum Ausdruck brachte. Er beließ dem Gesetzesinterpreten gleichwohl einen größeren Auslegungsspielraum als der heutige § 28 StGB, der in seinem Absatz 1 eine ausdrückliche Regelung für die strafbegründenden Merkmale enthält. Anders als heute wäre es also möglich gewesen, den Anwendungsbereich des § 50 StGB a.F. im Wege der Analogie auf strafbegründende Merkmale zu erstrecken, ohne sich dabei in Widerspruch zu anderen Vorschriften des geltenden Rechts zu setzen. Wenn das Reichsgericht und auch die ganz herrschende Auffassung gleichwohl zwischen strafbegründenden und strafmodifizierenden Merkmalen unterschieden,¹ so sollte dies - so meint man jedenfalls - seinen Grund nicht nur in der genannten positivistischen Argumentation haben. Das Verständnis der gegenwärtig zur Behandlung der Strafbarkeit des Extranens herrschenden differenzierenden Ansicht könnte also möglicherweise durch einen Blick auf die geschichtliche Entwicklung in diesem Bereich der Beteiligungslehre erhellt werden.²

¹ Vgl. dazu die einzelnen Nachweise im folgenden Abschnitt.

² Die Betrachtungen sollen allerdings auf den eng begrenzten Bereich der Bestrafung des Beteiligten beim Fehlen persönlicher Merkmale beschränkt bleiben. Einen Überblick über die Herausbildung der Beteiligungsformen im allgemeinen gibt *Maiwald*, Festschrift für Bockelmann, S. 344 ff. Vgl. dazu auch *Eb. Schmidt*, Einführung, S. 35 f. (§§ 22, 23), 120 (§ 100), 73 f. (§ 61), 120 (§ 100), 175 f. (§ 164), sowie *Schluter*, Dogmengeschichte der Akzessorität, S. 13 ff. Zur